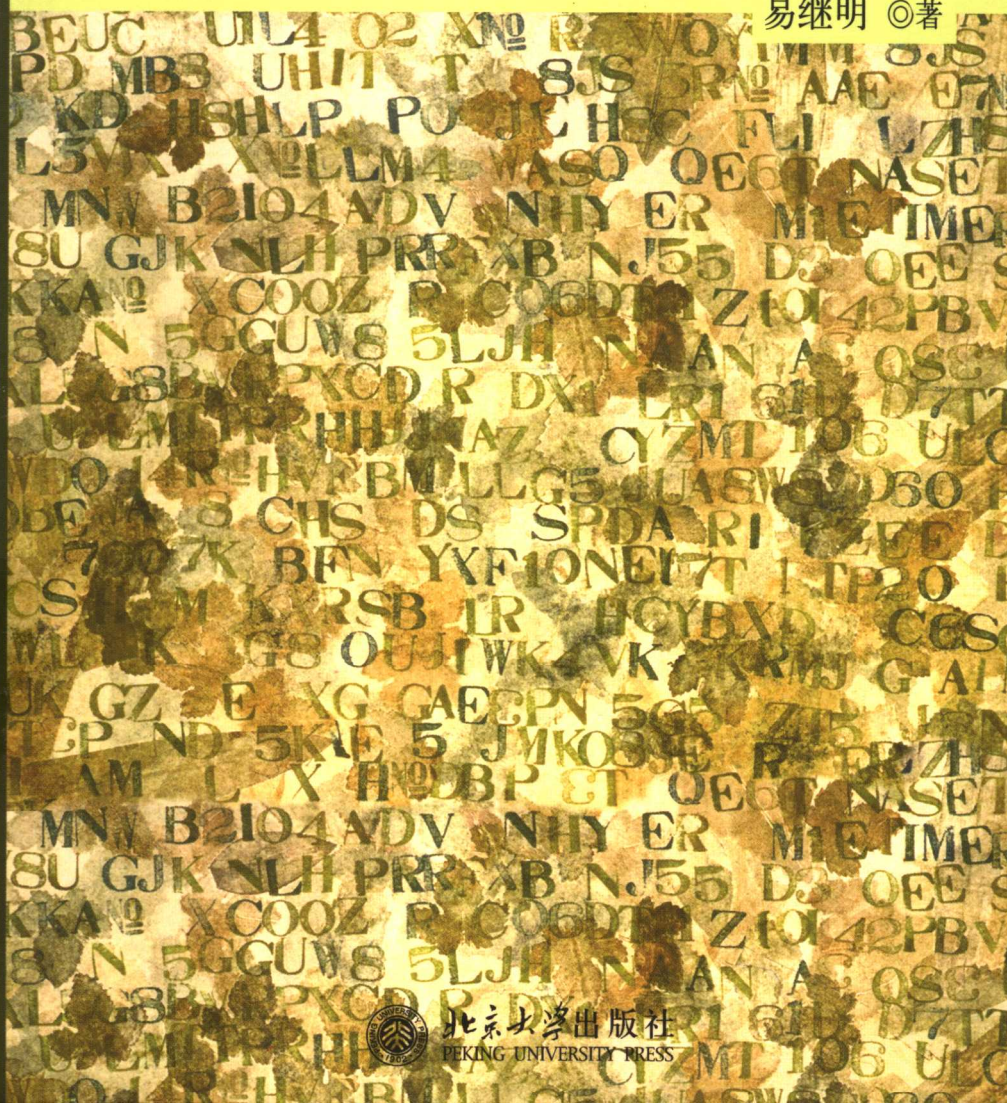


Technological Reason, Social Development and Freedom:
An Introduction to Science & Technology Law

技术理性、社会发展与自由

——科技法学导论

易继明 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Technological Reason, Social Development and Freedom:
An Introduction to Science & Technology Law

技术理性、社会发展与自由

——科技法学导论

易继明 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

技术理性、社会发展与自由——科技法学导论/易继明著. —北京:北京大学出版社,2005.12

(科技法学论丛)

ISBN 7-301-10209-7

I. 技… II. 易… III. 科技法学-理论研究 IV. D912.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第139168号

书 名: 技术理性、社会发展与自由——科技法学导论

著作责任者: 易继明 著

责任编辑: 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-10209-7/D·1371

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 28印张 470千字

2005年12月第1版 2005年12月第1次印刷

定 价: 43.50元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序言 一个正在开启的新学科

一、我们将无处躲藏

当代西方发达国家,无论是在法律实践中还是在法学研究领域,如何应对科技发展带来的挑战,都是法学的前沿问题和热点问题。之所以如此,究其实质,是因为科技发展引起了社会范式的转变,这就必然对人们行为中的传统观念和规范构成威胁和挑战。据说,法律和相应的学问成长,就是为了维护这种观念和规范的。不过,这需要两个前提:一是这种观念和规范已然存在;二是科技对人们生活的改变已经“实实在在地”发生了。可以说,这两个前提条件,在西方发达国家都已经具备:一方面,传统法律观念、法律理论和法律制度都比较成熟,并且成熟得甚至几百年来人们都在重复着同样信条和理念(——不必然代表规则与制度也在进行同样地重复);另一方面,他们也在享受着最发达、最先进的科技所创造的文明,感受着科技进步所带来的威胁(——尽管他们也不时地把其中的一部分如环境与生态破坏、工业废料转移处理等,转嫁给一些发展中国家)。日本法学家穗积陈重先生有言:“法律既为社会力,则社会变迁,法现象不能不与之俱变。”^①科技发达及其社会变迁,自然也引起了法律现象的变化。特别是第二次世界大战以来,科技立法的发展,从某种程度上体现了当代法律发展的新趋向,也引发了当代西方传统法律的一些新变化。科技立法与当代法律发展趋势,互为表里,互为因果。

但时下中国的情形,就大不一样了。中华人民共和国虽然在 20 世纪 80 年代就开展科技立法及其理论研究,但是,无论是在科学技术发展本

^①〔日〕穗积陈重:《法律进化论(法源论)》,黄尊三、萨孟武、陶汇曾、易家铨译,北京:中国政法大学出版社 1997 年 12 月第 1 版,第 53 页。

身,还是在法制建设(包括科技立法)方面,我们毕竟都是后来者。^①不仅先进的科技成就距我们大多数普通老百姓生活还较为遥远——至少可以说还不是那样普及,而且,即便是完成社会转型所必需的基本法律制度建设,也是一波三折。这也就更谈不上相关法律理论的抽象和法律文化的形成了。在这种情形之下,也就无怪乎在科技与法律关系问题的研究中,在对待“科技法学问题”上,中国法学界所表现出了较多“先天不足”与“后天营养不良”现象。我国法学界——无论是科技法学界还是这一学科的外围学者,依然在传统部门法体系的分析框架之下,进行所谓的“科技法”与“科技法学”的区分。由于我国法学早期继受苏联模式,这种学科分类方法在我国法学界有相当大的影响。^②例如,在2004年10月25日至11月2日笔者参加的大陆重点院校民法学者对台湾进行学术访问过程中,在了解到台湾许多大学都设立有专门的“科技法律研究所”之后,同行的许多大陆学者开始讨论“科技法”到底是什么的问题。武汉大学余延满教授不无怀疑地认为,科技法没有特有的“调整对象”和“调整手段”,不具备一门部门法所需要的特有属性。罗玉中教授也是以同样的思路对科技法调整的“社会关系”、“调整手段”和“调整范围”等进行分析的,而且认为,“从部门法的角度看,科技法的调整范围比较窄一些,尤其是科技法与环境法调整范围的划分,至今还是探讨中的问题。”^③当然,也有一些学者对这种强调所谓“部门法”特性的提法持否定意见。例如,在早期对科技法性质的讨论中,有的学者认为它并不是一个部门法,它同“经济法”概念

① 我国科技法学倡导者、北京大学法学院教授罗玉中先生有一种提法,认为在我国,科技法学是“墙内开花墙外香”。按照这种说法,似乎我国乃科技法学之首倡。当然,从将科技法或科技法学作为一门专门概念、学科和部门法的角度来看,这种说法也有一定的道理。但是,从将科技法学看成一门开放性的学问出发,从科技法学的实质性研究来说,国外早就展开了这方面的研究。

② 这种学科分类方法,是围绕一个国家的法律体系问题的讨论进行的;特别是在上个世纪80年代前期,曾经进行过一场大规模的讨论。不过,在90年代后期、特别是在提出依法治国方略和到2010年建成有中国特色的社会主义法律体系之后,学者们开始进行深刻反思。例如,中国社会科学院李林教授就提出过一个问题:“毋庸置疑,将法律体系划分为若干个‘部门’,在学习、研究和实践上,都有一定的方便之处。但是,它也有一些令人不解之处。例如,为什么环境法、劳动法、社会保障法、权利保护法、知识产权法、科技法等是或不是一个独立的法律部门?”参见李林:《中国特色社会主义法律体系的构成》,载刘海年、李林(主编):《依法治国与法律体系建构》,北京:中国法制出版社2001年3月第1版,第1—32页。关于上个世纪80年代前期的讨论,可以参见张友渔:《法学理论论文集》,北京:群众出版社1984年版。

③ 关于罗玉中教授的观点,参见罗玉中:《科技法基本原理》,北京:中国科学技术出版社1993年11月第1版,第64—72页。不过,罗玉中教授是笔者硕士和博士研究生指导老师,以笔者近来与罗玉中教授交流来看,先生的相关学术观点也在修正和发展之中。

一样,只是“一个领域法律规范系统”,是“法学理论新概念的引入”。^①与这种认识并不完全相同,但却从另外一个角度认为科技法不是一个严格意义上的部门法的,还有另外一种看法。典型的如中国社会科学院终身教授王家福先生认为:“所谓科技法,是指国家调整因科学技术所产生的各种社会关系法律规范的总称。”先生认为,科技法是“一个相对独立的包括科技行政法、科技民法、科技刑法、科技劳动法在内的综合法律”。^②其实,无论是赞同还是反对科技法具有独立地位或是独立的部门法的观点,这种部门法与部门法学的区分,这种法学分类的方法,虽然在学说(法学)与制度(法制)层面具有一定的意义,但是,过分强调科技法所“必须有”或“必然有”抑或“根本无”所谓部门法属性,实际上会消减我们分析和理解法律问题的能力,最终会在固有的部门法分析框架下失去把握社会和适应社会变迁的能力。

当然,说这些,我无意于让大家都来研究这些所谓的“前沿问题”或“热点问题”。因为在一个尚未完成基本法治秩序建构的社会里,基础性法制建设依然是法律人的主要任务。然而,即便如此,我们却也无法拒绝技术进步与社会发展,我们也不能总在别人后面“亦步亦趋”。当代西方社会今天所感受到的冲击,也就是我们明天所要面临的问题与挑战。因此,我们在进行基础性法制建构的时候,必须同时将“科技”元素纳入进去。更何况,科技对人类影响如此深入和彻底,压缩了我们生存的时间和空间,并在这两个维度上深刻地改变着我们的法律生活方式。事实上,只要我们稍微思考一下就会发现,无论是在东京还是在马拉喀什,人们对全球气候变化、对知识产权保护、对核试验的后果、对新能源与新材料的开发与利用、对外层空间技术和深海技术的运用与规制、对“克隆人”的伦理与法律基础、对电子商务的开展、对个人隐私和信息安全问题等等,都在进行广泛而热烈的讨论。在法律的忧虑和科技的乐观倾向中,一切都在融合。世界性的舆论共识和法律理性正在为我们“地球村”搭建一个一体化的社会生活平台。因为科技只是为全球化提供了某种“物理性质”的可

^① 参见陈仲、张勇健:《科技法性质新探——法学理论新概念的引入》,载《科技法学》(现更名《科技与法律》)1990年第2期。

^② 参见王家福:《为科技法学的繁荣而奋斗》,载《科技法学》(现更名《科技与法律》)1989年第1期(总第1期)。与王家福教授的这种分析不同,罗玉中教授明确提出,这种“认为科技法部门是由科技基本法、科技行政法、科技民法、科技劳动法、科技刑法等构成的”观点,是欠妥当的。又参见罗玉中:《科技法——一个新兴的法律部门》,载《科技法学》(现更名为《科技与法律》)1990年第2期。

能性,而且有时还会附着某种“离心力”,因而要完成一个高级的现代性社会建构,就有赖于法律和教育(自然包括直接关涉科技方面的)。这也是当代法国社会学家阿兰·图海纳(Alain Touraine, 1925— 年)在谈论“现代性”的时候,试图向我们强调指出的。^①

因此,提出这一问题,其实只是试图说明,我们都生活在同一个“岛”上,科技的触角延伸到了世界的每一个角落,面对科技发展所进行的相应法律构筑,也势在必行。

总之,我们将无处躲藏!

二、三类科技法律规范

那么,抛开“科技法”或“科技法学”之类的争论,我们考察一下:到底存在哪些科技法律规范呢?提出这个问题的角度,与王家福教授的观点有些近似,即我们放下这种“划地盘式”或“圈地运动式”的分析路径,从现有的法律规范(包括民法、行政法、刑法和劳动法等,也包括我们不能完全进行这种简单归类的法域)角度进行观察,看看科技法律到底包括哪些具体内容。

从历史上看,20世纪60年代以前,尚未见到明确的“科技立法”或“科学技术法”(以下简称“科技法”)提法,有关科学技术方面的法律规范也大多零散地规定在宪法、民法、刑法等传统法律门类之中。1965年英国制定《科学技术法》,在法律文献中明确提出了“科技法”的概念。此后,世界各国开始制定科技领域内的一些专门性法律,如1976年美国《国家科技政策、组织和重点法》、1967年韩国《科学技术振兴法》、1967年奥地利《科学研究法》^②、1985年法国《关于科研和技术发展的85-1376号法》和1985年墨西哥《协调和促进科学技术发展法》等。这些法律,在当时具有科技领域中的基本法性质,是科技活动领域里的“小宪法”。与此同时,各国加紧制定了一系列科技单行法,内容广泛涉及:科学研究、开发与应用;科研机构设置与管理;科技投入、教育与成果转化;产业技术政策;国际科技合作与交流;以及高技术发展等领域。

进入20世纪90年代,各国在不断完善科技法律体系的同时(例如

^① 参见[法]阿兰·图海纳:《我们能否共同生存——既彼此平等又互有差异》,狄玉明、李平泓译,北京:商务印书馆2003年6月第1版,第170—179页。

^② 后于1980年更名为《科学研究组织法》。

1995年日本制定《科学技术基本法》^①，也加紧在高技术领域展开激烈竞争，一些经济强国对基础科学、战略高新技术和关键技术领域的研究与开发都予以高度重视，纷纷制定相应的法律予以保障与促进。^② 这方面，在信息技术、生物技术和新材料技术方面表现得尤其明显。例如，面对生物技术的发展前景，大多数国家一方面通过立法为生物技术的研究开发创造良好的环境^③，另一方面则限制某种生物技术的应用，以避免对生态环境和人类发展带来不良后果。^④ 而对于大多数国家来说，如何在一定的物质条件下协调基础研究与应用技术研究，一方面跟进社会发展科技平台建设（如信息基础设施），另一方面保持和利用本国科技资源（如对传统知识、遗传资源和民间工艺等保护^⑤），就成为了科技立法中必须考虑的问题。

① 日本1968年就拟定了《科学技术基本法（建议草案）》，但迟迟未获通过。1993年我国颁布《中华人民共和国科学技术进步法》以后，对日本影响甚大。1995年11月15日，日本法律第130号颁布《科学技术基本法》。

② 例如，美国自克林顿政府上台以来，采取了一系列法律措施，如宣布研究开发的税收减免政策永久化，提出将之延伸适用于现有产品制造工艺的研究开发，企业主持的学术研究再附加25%的税收减免优惠，对新研究开发财团头两年再减税10%。同时，美国还对过去立法中的一些不适当当前科技发展需要的内容，作了修改。

③ 生物技术现阶段呈现出四个特点：一是研究成果辈出，创新浪潮迭起；二是商业化前景普遍看好；三是科技与伦理并存，热点争议不断；四是边缘学科崛起，用途更加广泛。面对发展中的生物技术，各国纷纷制定政策和法律，以促进生物技术的发展。美国于1989年和1994年对其植物品种保护法进行修订，还颁布了《基因工程生物与制品引进管理条例》等。德国则提出了成为欧洲生物第一强国的计划。近年来，德国除继续加大对生物技术的科研投入，引入新的资助方式以外，还相继修改了《基因技术法》、《联邦大气污染保护条例》等，简化了生物技术研究开发设备的审批手续，为生物技术在德国发展营造良好的环境。此外，日本、法国、英国、印度、以色列、澳大利亚、新西兰、俄罗斯等国，也相应地修改或制定法律法规，大力促进生物技术发展。

④ 例如，许多国家对基因技术的安全性作出了一系列的规定；同时，对克隆技术的应用加以较多限制，特别是在克隆技术应用于人类的问题上，多数采取了禁止的态度，以避免给人类带来灾难性后果。如澳大利亚2000年12月21日通过的《基因技术法2000》（Gene Technology Act 2000）规定，除非是已经豁免（已经评估其风险是非常小的）、已经告知其风险是非常小的、已经获得许可或注册，否则禁止所有与转基因组织（GMO）有关的活动；如果违反了《基因技术法2000》，视其情节轻重进行相应处罚，对个人最高处罚为22万澳元，对单位最高处罚为110万澳元。2005年2月18日，第59届联大法律委员会以决议形式通过了《联合国关于人的克隆宣言》，同年3月8日获联合国大会表决并批准。《宣言》要求所有成员国禁止任何形式的克隆人，“只要这种做法违反人类尊严和保护人的生命原则”。中国、英国、比利时、法国、印度等赞成治疗性克隆的国家投了反对票，但相关法律与伦理问题，都不容回避。关于澳大利亚基因技术立法，参见祝学华、王鼎：《澳大利亚基因技术管理、立法及启示》，载《科技与法律》2001年第1期。

⑤ 在发展中国家推动下，世界知识产权组织（WIPO）从1998年起开始讨论传统知识、遗传资源和民间工艺等方面的知识产权保护问题，并在2000年设立了政府间委员会（Intergovernmental Committee On IP and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore），研究和协调这方面的法律保护。世界贸易组织（WTO）也将传统知识与生物多样性保护问题纳入2001年多哈部长级会议中形成的多哈发展议程（Doha Development Agenda），并在2003年9月14日举行的坎昆会议上重申了这一议题。这一方面是科技发展、特别是生物技术发展在法律保护中的体现，另一方面也是发达国家和发展中国家协调即南北合作的结果。

当然,科技对社会的广泛影响,同样也体现在一些传统法律门类之中。许多国家都通过修改民法典、刑法典等方式,对科技发展带来的冲击予以回应,以适应现代社会的发展。例如,受到生命科学、遗传学和医学发展的影响,法国1994年7月29日第94-653号法律修改《法国民法典》,规定“法律确保人的首要地位,禁止任何侵犯人之尊严的行为,并且保证每一个人自生命一开始即受到尊重”(第16条)。这是关于“尊重人之身体”的规范。它实际上表明,现代生命科学和遗传学成就在运用于人们日常生活时受到如下限制:第一,任何人均享有身体受到尊重的权利,人体、人体各组成部分及人体所生之物,不能作为财产权利,具有不可交易的特性(第16-1条、第16-6条和第16-7条);第二,捐赠身体之一部分或身体所生之物的,捐赠人和接受捐赠人的任何信息不得进行扩散(第16-8条);第三,损害人之身体的完整性,仅以对该人的治疗有必要之情形为限(第16-3);第四,任何侵害人种的完整性的行为(如对人进行选择任何优生学实践活动、对人的遗传特征进行的任何改造),除为预防与治疗遗传疾病目的进行研究之外,均被禁止;第五,在征得当事人同意的情况下,可以仅限于医疗与科学研究的目的,对人之特征进行遗传学研究(第16-10);第六,通过遗传特征对人进行鉴别,仅以司法程序中规定进行的调查或预审范围为限,或者仅限于医疗与科学研究之目的(第16-11条)。^① 这些规定,对人体器官移植、人体胚胎利用、优生学研究与实践、基因技术等活动所涉及的法律关系及其法律效力,都进行了严格规范。^② 它们不仅是私法性质的,而且还具有公共秩序的性质。又如,我国1999年《合同法》第11条规定:“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”这一规定,实际上赋予了电子合同与传统合同同等法律效力,也符合国际贸易委员会(UNCTAD)“电子合同示范法”建议的“同等功能”原

^① 1994年《法国民法典》第1卷第1编第2章名称即为“尊重人之身体”(第16条至第16—9条),同编第3章“对人之特征的遗传学研究以及通过遗传特征对人进行鉴别”(第16—10条至第16—12条)实际上是第2章的延展。参见《法国民法典》,罗结珍译,北京:中国法制出版社1999年10月第1版。

^② 当然,有的学者也与法国法有些规范持不同的看法。例如,德国学者梅迪库斯教授认为,人们以前将人体组成部分(法律地位)视同于尸体,但随着输血和器官移植行为越来越重要,现在已无法将这一法律上的禁令继续贯彻下去了。毋宁说,现在必须承认献出的血以及取出的、可用于移植的器官为物。这些东西可以成为所有权的客体,而且首先是提供这些东西的活人的所有物。对于这些东西的所有权移转,只能适用有关动产所有权移转的规则(《德国民法典》第929条及以下条款)。参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,北京:法律出版社2000年11月第1版,第876—877页。

则。对于科技法而言,这些规范附属于其他法律门类,是科技立法中的附属性规范。

科技立法的兴起,开辟了一个新型的法律领域:科技法。从以上论述中,我们可以发现,事实上我们可以简单地将科技法律规范划分为三类:一是专门性的科技基本法;二是与科技基本法相配套(至少是不相冲突)的科技单行法;三是附属性科技立法。这三类规范,构成了科技法律规范的基本结构,由此形成了系统化、有层次和相配套的科技法律体系。这里,将附属于宪法、行政法、民法和刑法等部门法中的科技法律规范,纳入了“附属性科技立法”中。诚然,这里的第二类规范即科技单行法,也可能是属于行政法、民法或刑法范畴,但我们以科技法为中心进行分析,如果它是专门性的、且与科技基本法相配套的话,就可以归纳为科技法范畴。这种交叉,并不妨碍、甚至会有助于我们对于科技法律问题展开研究。这里应该注意的是,尽管这些分析也同样借助于业已形成的部门法分类,但对科技法律规范的这种分类,并不是严格意义上的。

当然,科技立法也旨在综合运用民事、行政、刑事三种手段,推动科技进步,并保障科技为人类谋福祉。这三种基本法律手段,主要通过建立相应的民事责任、行政责任和刑事责任制度来进行。对科技领域内的行为规范之所以要综合运用这三种手段,原因无外乎有三:其一,科技活动中的某一行为同样涉及多种社会关系,导致相应的权利与义务,自然会产生多种法律责任和法律后果;其二,单纯运用单一手段往往达不到规范或制裁的目的,自然需要采用多种制裁手段;其三,科技领域变动不居的发展往往不是相对稳定的民法、刑法或行政法某一个部门法所能及时适应的,需要通过法律的“综合治理”。这也就是为什么许多国家在科技单行法中,同时出现了民事规范、行政规范和刑事规范这三种不同法律性质的规范的原因之一。不过,如何规范具体科技行为和选择何种手段,这又涉及到科技法治中的精神与理念问题。

三、科技立法引发法律新变化

科技法学研究,也主要是在科技立法的推动下进行的。科技立法也引发了传统法律的新变化。从宏观上看,这些变化主要表现在以下三个方面。

(一) 行政权进一步扩张,传统法治原则衰落

这种变化表现为国家对科研及其成果推广的积极干预政策,相应的行政权力扩张,法治原则出现衰落。具体体现在以下几个方面:

第一,科技立法改变了三权分立原则的传统平衡和立法精神,议会立法出现了大量的授权立法或委任立法。因为科技立法往往因应科技发展,根据由此引发的经济社会问题而进行,不仅需要应付国内外危机之急,而且立法所涉内容日趋专业化和复杂化。^①结果是,虽然议会保留了形式上的立法权限,但实质意义上的立法却已经向行政机构转移,甚至已经转向相应的具有一定学术色彩的团体或组织。例如,日本《关于防止辐射损伤的技术标准的法律》虽然一方面需要议会立法,但关于实质性辐射损伤技术标准问题,主要是由行政部门进行规范;而行政机关长官在制订标准的时候,又必须咨询放射线审议会。^②因之,在现代法出现“法学家法”和“官僚法”之后,科技立法中的“专家法”(或称“技术专家法”)现象,也值得引起重视。

第二,科技立法往往是作为单行法或特别法出现,它们改变了传统法典化(如民法典、商法典和刑法典)的“普通法”意义,而且还通过这些“特别措施法”对这些法典进行修订。例如,日本1999年《产业活力再生特别措施法》特设股票“例外措施”,对《商法》(1992年修订)进行修改。第一个特例是“新事业股利特例”。《商法》第280条第1款规定,对于新股东的新股红利偿还为十分之一;《特别措施法》第9条将它修改为,对于开办经主管大臣认定的新事业,公司对于股东或其新股持有人的股利偿还为四分之一。第二个特例是“无表决权股份的发行种类和数量特例”。《商法》第242条第3款规定,对于无表决权股份的发行种类和数量,不得超过已发行股份总数的三分之一;《特别措施法》第12条将它修改为,经主

^① 罗玉中教授从科技法集中反映了科技发展的客观规律的特征出发,说明许多科技法内容涉及专门知识,导致出现更多的“授权立法”现象,同时也表现为:对于那些关乎国计民生的重要技术规范,也通过法律方式予以确立。参见罗玉中:《科技法基本原理》,北京:中国科学技术出版社1993年11月第1版,第71—72页。

^② 这部法律在形式是一项国会立法,但授权行政机关长官制订具体标准,而且在总理府内设置放射线审议会,作为其附属机关。其中,放射线审议会均由兼职委员组成。这些委员,由内阁总理大臣在有关行政机关的职员及具有关于防止辐射损伤的学者和经验者中任命。该法正文共11条,1958年5月21日法律第162号制定,1976年1月16日法律第2号修改。所谓“放射线”,按照该法第2条定义,是指 α 射线、重核射线、质子线、 β 射线、电子束、中子束、 γ 射线、 X 射线及其他在电磁波和微粒射线中具有直接或间接电离空气能力的物质。

管大臣认定(的新事业),扩大为二分之一。第三个特例是“债务转化为无表决权股份的种类和数量特例”。针对《商法》第242条无表决权股份发行的规定,《特别措施法》第13条增设了债转股条款,规定对于按照主管大臣认定的新事业计划开业,为了减轻债务,经债权人同意,可以对债权人发行无表决权的股票,数额不得超过已发行股份总数的二分之一。另外,《特别措施法》还设立了“公司营业的转让、受让之特例”。《商法》第245条规定,公司营业的转让、继承、接受以及对于股权的转让等,均需要经过全体股东大会决议通过方能实施,《特别措施法》第12条放宽限制,规定“若按(主管大臣认定的)新事业计划行事,只要转让额度不超过总资产额度的二十分之一,不受此限”。

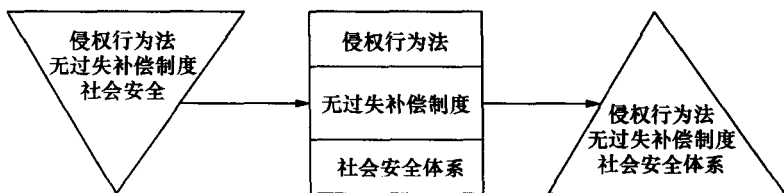
第三,科技立法强化了一般法律条款的作用,改变了传统法律的机能。在讨论诸如合同法中的一般条款时,我们通常认为这是自19世纪工业革命以来的现象,是为了配合高度资本主义经济发展,在大量生产、大量交易情形下产生的现象。由于经济发展需要缔结大量的大众化合同,在此要求合同定型化、合理化和迅速化,同时还形成了新的合同形式;但传统民法、商法却无法与之相配合,由此产生了技术性的一般合同条款。因此,按照我国台湾地区学者刘得宽教授的说法,一般合同条款“乃是经济上之自成法也”。^①但是,我们没有注意到,工业革命与经济发展的基础是技术革命,是科学技术革命改变了生产和交易的形态与规模,由此导致了这种一般条款。因而,隐含在刘得宽教授这句话背后的是,这种一般条款“乃是科技革命天作之合也”。

这种情形,在侵权行为法领域表现得尤为明显。侵权行为法作为一个独立的法律制度和体系,是在17、18世纪以过失责任主义建立起来的。但及至19世纪以来,产业技术革命突飞猛进,导致工业灾害、汽车事故、产品责任和公害等剧增,危险责任与责任保险应运而生,最终确立了无过失责任制度;同时,也建立起了相应的社会安全保障体制。这一变化,一方面强化了一般法律条款,另一方面也改变了传统侵权行为法的机能。前者比较容易理解,后者甚至出现了学者所呼吁的“侵权行为法的危机”。^②因为传统侵权行为法的主要机能是填补损害和预防损害,但技术和相关产业导致的损害不仅使得对侵权行为过错举证困难,而且有些大

^① 刘得宽:《西德之消费者保护立法——以最近之民事立法及判例为中心》,载刘得宽:《民法诸问题与新展望》,北京:中国政法大学出版社2002年1月第1版,第178页。

^② 参见王泽鉴:《侵权行为法之危机及其发展趋势》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第2册),台北:三民书局2002年3月版,第147—184页。

规模的损害往往超过了行为人的预期和承担责任的能力,实际上也很难起到预防损害发生的功能。例如,1804年《法国民法典》关于侵权行为的5条规定(第1382—1386条),立法原意为过失责任主义(包括第1384条过失推定主义),但现代社会经济发展迫使法国最高法院通过两项判例改变了法国侵权行为法的结构,将第1384条所指“被保管之物”范围概括化,将火车、汽车、电器、瓦斯、臭气等包括在内,相应的铁索道、航空器之持有人和原子装置经营者的无过失责任也确立。最终,《法国民法典》不得不增加了“有缺陷的产品引起的责任”一章(第1386-1条至第1386-18条)。^①我国台湾地区学者王泽鉴教授由此观察到,在人身意外损害赔偿方面,各国其实已经发展了从“倒金字塔型”到“平方型”(平衡型)再到“金字塔型”的补偿体系。^②参见图示如下。



图示1 人身意外损害赔偿补偿体系发展

(二) 公法与私法的界限被打破,私权与公共目标在基本价值层面获得同构

当代法律出现的私法公法化和公法私法化,已经打破了公私法的界限,法律社会化运动成为重要的法律思潮。科技立法平衡私权和公权二者的价值取向,带有浓厚的社会法色彩。但是,科技立法和科技法学的兴起,并不是简单地印证了自20世纪以来的法律社会化运动,它实际上是在追求科技进步与社会发展中重新发现了作为人的基本价值。我们发现,大多数的科技法律规范都是旨在通过发挥个人的创造力来增长全社会的福利,在个人主义张扬和公共利益增长之间,二者获得了同构,是相互通融的。尽管为了促进科技进步及其社会福利的增长,公权力会存在一定程度的介入,但在相应的科技立法中,要强调公权力介入是以不影响

^① 参见《法国民法典》,罗结珍译,北京:中国法制出版社1999年10月第1版。

^② 参见王泽鉴:《侵权行为法(第一册):基本理论·一般侵权行为》,北京:中国政法大学出版社2001年7月第1版,第36页。

或是旨在扩大个人权利的基础,并在根本利益上存在着权利与自由发展的一致性。事实上,如果我们更深入地加以分析,这一公私法价值同构的思想,可以在类似“尊重个性即是保护创造性”^①的命题中,得到进一步的阐释。因此,在公私法界限的打破中,科技法又重新塑造了私权观念,并与公共目标达成了和谐一致。也正是在这一意义上,本人将“科技法学”作为民法学知识结构的一个部分。^②例如,美国1996年12月11日《全球电子商务政策框架》强调,在制定电子商务政策时应该是“非限制性”(non-regulatory)的,“政府应该避免对此作不恰当的限制”,因为“创新活动、业务扩展和广泛参与以及低价位将有赖于使Internet仍然是一个市场驱动的‘竞技场’,而不是一个受到限制的产业。”即使在某些方面有必要签订政府协定来促进电子商务的情况下,政府应该是基于非集中化的法律合同模式(Contractual Model of Law),而不是基于自顶向下的法律干预;其目的也是为了建立一个可预测的、简单的法治环境——这种和谐的法制框架应着眼于保护消费者免受欺诈销售之苦、保护知识产权使作者免受侵权之害、保护个人隐私、确保竞争、鼓励曝光和制定解决纠纷的简单办法。^③

可见,科技立法冲击了传统私法和公法观念。一方面,保护私权的理念中,已经不再是传统私法概念之下对个人权利的简单阐述,它更加体现为某种全社会的共同利益。美国促进技术转移立法的根本性转变,就在于这样一种认识:将个人的想象力和创造力作为一种全社会的重要的共同财富。^④在这种观念下,科研成果权利归属与利用就旨在维护以创作者和发明人为中心的权利构筑中。在这个意义上,传统私权保护的意义已经不仅存在于对个人权利的维护方面,同样也成为提高全社会福利的基础:个人的创造成果同样是社会进步的支撑和要素。

① 宋惠昌:《尊重个性即是保护创造性》,载《学习时报》2004年6月28日,第6版。

② 必须强调说明的是,这里本人是以私权为本位,并从私法中心的角度出发,来认识和观察科技法问题的。这种认识和观察,并不妨碍其他学科将它也纳入自己的知识结构体系之中。参见易继明:《民法劝学篇之四:研习民法学的知识结构(1)》,资料来源:中国法学网之易继明文集, <http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=4202>;访问时间:2004年8月4日。在华中科技大学法学院民商法专业硕士研究生招生中,从2003年设立硕士点开始,便设立了“科技法学”研究方向。资料来源:<http://202.114.15.167/news.aspx?id=27>;访问时间:2004年12月24日。

③ 参见国务院信息化工作领导小组办公室组织编译:《国外信息化政策法规选编》,北京:计算机世界报社1997年出版,第23—46页。在对照英文版时,对其中的个别翻译及用语进行了调整。

④ 参见[美]霍华德·W.布雷默:《大学技术转移:发展与革命》,王晓惠、袁苇、夏继红译,载《科技与法律》1999年第1期。

另一方面,在公法领域,私权及其价值目标成为一个重要方面。例如,2000年9月9日俄罗斯总统普京批准发布《俄罗斯联邦信息安全构想》^①,确立一种新型的国家安全观,提出在国家信息安全的框架内要完成的主要任务包括:(1)保障遵守宪法规定的公民各项权利和自由;(2)发展本国信息产业,保障本国信息产品进入世界市场;(3)保障信息和通信系统的安全;(4)为国家活动提供信息自由保障。这种信息安全框架,已经突破了传统公权力范围,将公民各种权利(如隐私、名誉等)免受侵害,总括在了国家信息安全体系之下。

(三) 成文法成为促进科技进步与社会改革的主要形式,传统法律进化模式被改变

无论是大陆法还是英美法,在促进科技进步与社会改革方面,大多数都采取了简单明了的立法形式,成文法占据了主导地位。这一现象,也导致了传统法律进化模式的变化。大致而言,我们可以将传统法律进化归纳为法律发现模式。这一传统模式认为,我们不能创造法律,而只能在自然法、普通法、习惯法和民族精神等社会生活样态中去发现已经存在的法律及其观念。但现在,事实上,科技立法使得法律进化理论从法律发现模式转向了法律创造模式。这种新的法律进化论建立在社会进化论基础上,认为社会生活样态是由人们创造出来的,特别是它将会随着人们对科技认识与把握程度提高,而不断地被改变。在这种认识论之下,除了进步的理念之外,已经不存在什么永恒不变的东西。其实,这种认识论,已经将科技法逼迫到了绝境:因为没有传统的法律资源可以利用,它也只能将促进科技进步或限制某些行为的规范交给成文立法。不过,好在经历近代法律变革之后,现代社会业已形成了法律至上的观念。“法律是真正的权威者,他们不必考虑君主、上议院、下议院、或者这种三位一体是否成为国家的终极权力者。”^②

^① 该《构想》于2000年6月23日由俄罗斯联邦安全会议通过。在本书后面对完善我国信息安全保障体系的论述中,将详细介绍这一《构想》。这里不再赘述。

^② John Neville Figgis, *The Divine Right of King*, Cambridge University Press, 1922, p. 230.

致 谢

本书结集了近年来本人对科技法学问题的一些研究成果。

本书的形成,最需要感谢的是北京大学法学院教授罗玉中先生。从1995年9月进入北大法学院民商法学专业研究生学习,直至2002年7月博士毕业,本人便一直师从先生,聆听教诲。先生是我国著名科技法学专家,也是这一学科的奠基人之一。尽管在这些年的研究中,由于各种各样的原因,本人没有能够将全部精力投入这一新型研究领域,但得益于前贤的研究基础与提携,本人可以在一个较高的起点上开展相关课题研究和学术探索。

同时,在本书相关主题的研究中,有不少人以不同的方式对本人提供过帮助,他们至少包括:国家国有资产监督管理委员会国有重点大型企业监事会主席段瑞春先生、北京大学刘剑文教授、中国人民大学张新宝教授、中国社会科学院法学研究所张广兴教授、上海交通大学童之伟教授、华东政法学院付鼎生教授、华中科技大学郑友德教授、台湾清华大学范建得教授、北京大学张平副教授、中南财经政法大学李扬副教授、华东政法学院王迁副教授、台湾科技大学林瑞珠副教授、华中科技大学焦洪涛博士和滕锐讲师、国家科学技术部政策法规与体制改革司张晓原先生、原北京市科学技术委员会政策法规处谷彦芳女士、《中国法学》杂志社戚燕方女士、《科技与法律》杂志社王曙光先生、台湾元照出版公司纪秋凤女士、北京大学法学院乔玉君女士、国家科学技术部政策法规与体制改革司林新女士、国家信息产业部政策法规司杨君佐先生、朱秀梅女士、石现升先生和丁道勤先生等,以及原北京大学法学院研究生学友王丰伦、袁秀挺、冀红梅、李彩练和郑少雄等,不一而足。这里,由衷地说一声:谢谢了!

特别需要表示感谢的,还有华中科技大学法学院民商法学硕士研究生周琼同学。她不辞辛劳,为本书进行了认真地校对,并整理了本书附录中的参考文献和重要名词索引。

本书中的有些课题研究,获得过中国社会科学院、国家中长期科学和技术规划办公室、原国家经济贸易委员会、国家科学技术部和北京市科学

技术委员会等单位 and 部门的资助。这里一并致谢。

本书的出版,感谢北京大学出版社副总编杨立范先生和责任编辑邹记东先生。杨立范先生不仅对本书出版给予了关心与支持,也对整个科技法学论丛的策划与出版倾注了极大的热情。邹记东先生耐心细致的审稿和编校工作,使得本书能够以一个令人满意的形式呈现在大家面前。

本书定稿之际,杨立范先生发来的短信祝福提醒了我,今晚正是圣诞平安夜。在今夜冰雪祥瑞中,我冀以同样真心的祝福,祝各位朋友平安、幸福!

易继明 谨识

于北京颐和山庄寓所

2004年12月24日晚